

BAB II

A. Konsep Tentang Asas Legalitas

1. Pengertian Asas Legalitas

Menurut kamus umum bahasa Indonesia. Asas mempunyai beberapa arti, salah satu diantaranya adalah kebenaran yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat, juga berarti sebagai alas atau landasan. Jika kata itu dihubungkan maka yang dimaksud dengan asas adalah kebenaran yang dipergunakan sebagai tumpuan berpikir atau alasan berpendapat, terutama dalam penegakan dan pelaksanaan hukum.

Kegunaan asas adalah sebagai landasan dasar tentang apa-apa yang menjadi aturan. Maksudnya adalah bahwa aturan-aturan atau segala sesuatu yang disusun itu dapat diterapkan dan diperluas pengertiannya asal dalam hal ini tidak bertentangan dengan asasnya. Jadi dapat diibaratkan bahwa asas adalah pondasi dari segala aturan hukum.

Hans Kelsen Mengatakan makna dari sebuah Keadilan adalah legalitas, dimana suatu peraturan umum adalah adil apabila diterapkan sesuai dengan aturan tertulis yang mengaturnya, dan sama penerapannya pada semua kasus serupa. Asas legalitas dibangun dengan dengan tujuan meligitimasi hukum dalam kekuasaan pemerintah agar tercipta Negara Hukum di mana pengertiannya adalah negara berdasarkan hukum; hukum menjamin keadilan dan perlindungan bagi semua orang yang ada dalam wilayah negara yang bersangkutan. Segala kegiatan negara berdasarkan hukum atau dalam konteks Negara Hukum Indonesia yaitu Negara

Berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar yang menjunjung tinggi hak asasi manusia serta menjamin segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecuali.¹²

Asas legalitas dalam hukum pidana merupakan asas yang sangat fundamental. Asas legalitas dalam hukum pidana begitu penting untuk menentukan apakah suatu peraturan hukum pidana dapat diberlakukan terhadap tindak pidana yang terjadi. Jadi, apabila terjadi suatu tindak pidana, maka akan dilihat apakah telah ada ketentuan hukum yang mengaturnya dan apakah aturan yang telah ada tersebut dapat diperlakukan terhadap tindak pidana yang terjadi.¹³

Asas legalitas termasuk asas yang boleh dikatakan sebagai tiang penyangga hukum pidana. Asas ini tersirat didalam pasal 1 KUHP yang dirumuskan demikian :

- 1) Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.
- 2) Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa.

¹²https://www.academia.edu/4978927/PERBANDINGAN_ASAS_LEGALITAS_MENURUT_KUH_P diakses tanggal 08-11-2016 jam 13.00

¹³Mahrus ali, S.H., M.H. 2012. *Dasar-Dasar Hukum Pidana*. Jakarta. Sinar Grafika. Hal 59

Dalam pasal 2 KUHP yang menyatakan bahwa “ ketentuan pidana dalam perundang-undangan indonesia diterapkan bagi setiap orang yang melakukan sesuatu tindak pidana di indonesia”.

Berdasarkan rumusan pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut secara tegas ditunjuk perbuatan mana yang dapat berakibat pidana tentu saja bukan perbuatannya yang dipidana, tetapi orang yang melakukan perbuatan itu, yaitu :

1. Perbuatan itu harus ditentukan oleh perundang-undangan pidana sebagai perbuatan yang pelakunya dapat dijatuhi pidana.
2. Perundang-undangan pidana itu harus sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan.

Dalam RUU KUHP YANG MENYATAKAN :

Pasal 1 :

- 1) Tiada seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan kecuali perbuatan yang dilakukannya telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
- 2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.

pasal 2 :

- 1) Ketentuan dalam pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut adat setempat

patut di pidana walaupun perbuatan itu tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

- 2) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksudkan pada pasal 2 ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Pada dasarnya asas legalitas lazim disebut juga dengan terminologi Menurut Lamintang dan C. Djisman Samosir merumuskan dengan terminologi sebagai, tiada suatu perbuatan dapat dihukum kecuali didasarkan pada ketentuan pidana menurut undang-undang yang telah diadakan lebih dulu.¹⁴

Menurut Moeljarto menyebutkan bahwa tiada suatu perbuatan dapat di pidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.

Moeljarto menulis bahwa asas legalitas itu mengandung tiga pengertian¹⁵ :

1. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang.
2. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias).
3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.

¹⁴*ibid*

¹⁵Moeljarto. 2008. Asas-Asas Hukum pidana. Rineka Cipta. Jakarta. Hal 27

Pengertian yang pertama, bahwa harus ada aturan undang-undang jadi aturan hukum yang tertulis lebih dahulu, itu dengan jelas tampak dalam pasal 1 KUHP, dimana dalam teks belanda disebutkan: *wettelijke strafbepaling* yaitu aturan pidana dalam perundangan. Akan tetapi dengan adanya ketentuan ini konsekuensinya adalah bahwa perbuatan-perbuatan pidana menurut hukum adat lalu tidak dapat dipidana, sebab disitu tidak ditentukan dengan aturan yang tertulis.¹⁶

bahwa dalam menentukan ada atau tidaknya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias) pada umumnya masih dipakai oleh kebanyakan negara-negara. Di Indonesia juga dan juga negeri Belanda pada umumnya masih diakui prinsip ini, meskipun masih ada beberapa sarjana yang belum dapat menyetujuinya misalnya Taverne, Pompe, dan Jonkers.

Jadi seseorang dapat dipidana kalau suatu perbuatan diancam dengan pidana oleh suatu undang-undang atau menurut *pikiran dasar* (*Grundgedanken*) suatu undang-undang pidana dan menurut perasaan sehat dari rakyat patut dipidana.

Bentuk analogi yang dilarang dikutip dari pendapat Vos, yang mengatakan bahwa penerapan analogi tidak diizinkan sedikit-tidaknya dalam hal yang dengan analogi diciptakan delik-delik baru dan bertentangan dengan pasal 1 ayat 1 KUHP. Dengan penerapan undang-undang secara analogi diartikan penerapan ketentuan dalam hal pembuat

¹⁶*Ibid* Hal 28

undang-undang belum memikirkan atau tidak dapat memikirkan tetapi alasan penerapan ketentuan pidana sama dengan kejadian yang diatur dengan ketentuan itu. Dapat dikatakan bahwa perbedaan antara perbedaan antara penerapan analogi dan interpretasi ekstensif merupakan dua jalur tetapi satu hasil.¹⁷

Beberapa Aspek Asas legalitas¹⁸ :

1. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana undang-undang.
2. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan Analogi.
3. Tidak boleh ada delik yang berlaku tidak jelas.
4. Ketentuan pidana tidak berlaku surut.
5. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang.

2. Sejarah Asas Legalitas

Asas legalitas diciptakan oleh Paul Johan Anselm von Feuerbach (1775-1833), seorang sarjana hukum pidana jerman dalam bukunya *Lehrbuch dea penlichen recht* pada tahun 1801. Menurut Bambang Poernomo, apa yang dirumuskan oleh Feurrbach mengandung arti yang sangat mendalam, yang dalam bahasa latin berbunyi : *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*. Ketiga

¹⁷Andi Hamzah.2008. Asas-Asas Hukum Pidana. Jakarta. Rineka Cipta. Hal 45

¹⁸Teguh Prasetyo, *Op.cit*. Hal 39

frasa tersebut kemudian dikembangkan oleh Feuerbach menjadi adagium *nullum delictum, nulla poena sine praevia legi poenali*.¹⁹

Jauh sebelum lahirnya asas legalitas, prinsipal hukum romawi memperlihatkan wajah tatanan hukum yang individualistis, sedangkan dalam bidang politik kebebasan warga negara semakin dibelenggu. Menurut Moejatno diutarakan bahwa pada zaman romawi dikenal dengan adanya *crimine extra ordinaria*, yaitu kejahatan-kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang. Diantara *crimine extra ordinaria* ini terdapat crimen *stellionatus* yang secara *letterlijk* artinya perbuatan jahat atau durjana. Ketika hukum Romawi kuno diterima di Eropa Barat pada abad pertengahan, *crimine extra ordinaria* ini diterima oleh raja-raja yang berkuasa dan para raja itu cenderung menggunakan hukum pidana itu sewenang-wenang menurut kehendak dan kebutuhannya.²⁰

Pada zaman itu hukum pidana tidak tertulis sehingga dengan kekuasaan absolutnya raja dapat menyelenggarakan pengadilan dengan sewenang-wenang. Penduduk tidak mengetahui pasti mana perbuatan yang dilarang dan mana perbuatan yang tidak dilarang. Proses pengadilan tidak berjalan adil karena hukum ditetapkan menurut perasaan hukum yang dari hakim yang mengadili.²¹

¹⁹Eddy O.s Hiariej. 2009. Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana. Jakarta. Erlangga hal 7-8

²⁰*ibid*

²¹*ibid*

Sebagai puncak reaksi terhadap sistim absolutisme raja-raja yang berkuasa tersebut, yang dinamakan zaman Ancien Regime, maka di situlah timbul pikiran tentang harus ditentukan dalam peraturan terlebih dahulu (Prof. Moeljatno mempergunakan istilah *wet*) perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, agar warga lebih dahulu bisa tahu dan tidak akan melakukan perbuatan tersebut. Menurut Montesquieu dalam bukunya “*L’esprit des Lois*” (1748), dan JJ Rousseau “*Dus Contrat Social*” (1762), pertama tama dapat diketemukan pemikiran tentang asas legalitas ini. Asas ini, diadopsi dalam undang-undang adalah dalam pasal 8 “*Declaration des Droits de l’homme et du citoyen*” (1789), semacam undang-undang dasar pertama yang dibentuk dalam tahun pecahnya Revolusi Perancis. Bunyinya: Tidak ada sesuatu yang boleh dipidana selain karena suatu peraturan yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkan secara sah. Dari peraturan tersebut, asas ini dimasukkan dalam Pasal 4 Penal Code di Perancis, di bawah pemerintahan Napoleon (1801). Dan dari sinilah asas ini dikenal di Belanda karena penjajahan Napoleon, sehingga mendapat tempat dalam *Wetboek van Strafrecht Nederland* 1881, Pasal 1 dan kemudian karena adanya asas konkordansi, antara *Nederland Indie* (Indonesia) dan *Nederland*, masuklah ke dalam pasal 1 *Wetboek van Strafrecht Nederland Indie* 1918.²²

Perumusan asas legalitas dari von Feurbach dalam bahasa latin tersebut dikemukakan sehubungan dengan teori *vom psychologischen*

²²http://hukum.jogjakota.go.id/artikeldet.php?artikel_id=52 diakses tanggal 11 Oktober 2016

zwang, yaitu yang menganjurkan supaya dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang di dalam peraturan bukan saja tentang macam perbuatan yang dituliskan dengan jelas, tetapi juga tentang macam pidana yang dikenakan. Dengan cara demikian ini, maka setiap orang yang akan melakukan perbuatan yang dilaran tersebut terlebih dahulu telah mengetahui pidana apa yang akan dijatuhkan kepadanya jika nanti perbuatan itu dilakukan. Dengan demikian, dalam hatinya, lalu terdapat suatu kesadaran atau tekanan untuk tidak berbuat hal tersebut. Dan kalau akhirnya perbuatan tadi tetap dilakukan, maka apabila pelaku dijatuhi hukuman atas perbuatan pidana tersebut, dapat dianggap pelaku telah mneyetujuinya. Jadi, pendirian von Feuerbach mengenai pidana ialah pendirian yang tergolong absolut. Sama halnya dengan teori pembalasan (*retribution*).²³

3. Makna yang terkandung dalam Asas Legalitas

Setelah mengetahui definisi tentang asas legalitas terdapat makna terkandung dalam asas legalitas. Namun banyak perbedaan pendapat tentang makna asas legalitas oleh para ahli hukum pidana. Menurut Sudarto mengemukakan adanya dua hal yang terkandung dalam asas legalitas. *Pertama*, bahwa suatu tindak pidana harus dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan. *Kedua*, peraturan perundang-undangan ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana. Sudarto kemudian

²³*Ibid*

menambahkan bahwa dari makna yang pertama terdapat dua konsekuensi, yaitu perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai suatu tindak pidana tidak dapat dipidana dan adanya larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang sedangkan konsekuensi dari makna yang kedua adalah tidak boleh berlaku surutnya hukum pidana.²⁴

Menurut Jan Remmelink ada tiga hal sebagai makna yang terkandung dalam asas legalitas, ketiga hal yang dikemukakan oleh Remmelink adalah :

Pertama, konsep perundang-undangan, yang diandaikan dalam ketentuan pasal 1. Menurutnya, tidak hanya perundang-undangan dalam arti formil saja yang dapat memberikan pengaturan di bidang pidana tetapi menunjuk pada semua produk legislatif yang mencakup pemahaman bahwa pidana akan ditetapkan secara *legitimate*, termasuk didalamnya adalah peraturan yang dibuat oleh pemerintah daerah, baik pada tingkat provinsi maupun kabupaten atau kotamadya.²⁵

Kedua, undang-undang yang dirumuskan secara terperinci dan cermat atau *lex certa*. Prinsip ini juga dikenal dengan istilah *bestimmtheitsgebot*. Perumusan ketentuan pidana yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan

²⁴Eddy O.s Hiariej. *Op.cit.* hal 24-25

²⁵*ibid*

menghalangi keberhasilan upaya penuntutan pidana karena warga selalu akan dapat membela diri bahwa ketentuan-ketentuan seperti itu tidak berguna sebagai pedoman beralaku.²⁶

Ketiga, perihal analogi. Pada asas legalitas juga terkandung makna larangan untuk menetapkan ketentuan pidana secara analogis, yang dikenal dengan adagium “*nullum crimen noela poena sine lege stricta*”.²⁷

Menurut Groenhuijsen yang dikutip Komariah Emong Sapardjaja, ada empat makna yang terkandung dalam asas ini. Dua dari yang pertama ditunjukkan dari kepada pembuat undang-undang dan dua yang lainnya merupakan pedoman bagi hakim, *pertama*, pembuat undang-undang tidak boleh memberlakukan suatu ketentuan pidana berlaku mundur. *Kedua*, semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang sejelas-jelasnya. *Ketiga*, hakim dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan pidana didasarkan pada hukum tidak tertulis atau hukum kebiasaan. *Keempat*, terhadap peraturan hukum pidana dilarang menerapkan analogi.²⁸

Menurut Moeljatno, ada tiga pengertian yang terkandung dalam asas legalitas. Pertama, tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu belum terlebih dahulu dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang. Kedua, dalam menentukan adanya perbuatan pidana, tidak

²⁶*Ibid*

²⁷*Ibid*

²⁸*Ibid*

boleh digunakan analogi. Ketiga, aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.²⁹

Sesungguhnya ada tiga makna yang terkandung dalam asas legalitas. *Pertama*, ketentuan pidana yang berisi perbuatan pidana yang disertai ancaman pidana harus tertulis dalam perundang-undangan,. *Kedua*, seseorang tidak dapat dipidana sebelum ada ketentuan pidana terlebih dulu. *Ketiga*, pembentuk undang-undang tidak boleh memberlakukan surut suatu ketentuan pidana.³⁰

4. Asas Legalitas dalam Rancangan Undang-Undang KUHP

KUHP yang direncanakan bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, dalam arti memerhatikan keseimbangan dua kepentingan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Pandangan monodualistik inilah yang biasanya dikenal dengan istilah “daad-dader strafrecht” yaitu hokum pidana yang memerhatikan segi objektif dari “perbuatan” (daad) dan juga segi-segi subjektif dari orang/pembuat (Dader).³¹

Bertolak dari prinsip keseimbangan monodualistik itulah, maka konsep tetap mempertahankan dua asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana, yaitu: asas legalitas dan asas kesalahan/culpabilitas. Kedua asas inilah masing-masing dapat disebut sebagai “asas kemasyarakatan”

²⁹*Ibid*

³⁰*Ibid* hal 27

³¹https://www.academia.edu/7257738/ASAS_LEGALITAS_DAN_PENERAPANNYA_DI_INDONESIA . diakses tanggal 5 November 2016 jam 12.00

dan “asas kemanusiaan”. Berbeda dengan KUHP yang sekarang berlaku, yang hanya merumuskan asas legalitas, konsep 1993 merumuskan kedua asas itu secara eksplisit di dalam Pasal 1 (untuk asas legalitas) dan Pasal 35 (untuk asas culpabilitas).³²

Berbeda dengan perumusan asas legalitas di dalam KUHP yang sekarang berlaku, konsep (RUUKUHP) memperluas perumusannya dengan mengakui eksistensi berlakunya hukum yang hidup (hukum tidak tertulis/hukum adat) sebagai dasar patut dipidananya suatu perbuatan sepanjang perbuatan itu tidak ada persamaannya atau tidak diatur dalam undang-undang.

- 1) Perluasan perumusan asas legalitas ini dalam RUU KUHP Tahun 2012 dirumuskan dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) yang berbunyi sebagai berikut: Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- 2) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, hak asasi manusia, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

³²*Ibid*

Alur pemikiran yang demikian dilanjutkan oleh pembuat konsep (RUU KUHP) dengan menegaskan dianutnya pandangan sifat melawan hukum yang materiil. Konsep (RUU KUHP) berpendirian bahwa sifat melawan hukum merupakan unsur mutlak dari tindak pidana. Artinya, walaupun dalam perumusan delik tidak dirumuskan secara tegas adanya unsur melawan hukum, namun suatu perbuatan yang telah dirumuskan sebagai tindak pidana dalam undang-undang harus selalu dianggap melawan hukum. Jadi perumusan formal dalam undang-undang harus dilihat sebagai faktor atau ukuran objektif untuk menyatakan suatu perbuatan bersifat melawan hukum. Ukuran formal atau objektif itupun masih harus diuji secara materiil, apakah ada alasan pembenar atau tidak, dan apakah perbuatan itu betul-betul bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat atau hukum yang hidup dalam masyarakat.³³

Perluasan perumusan asas legalitas dan sifat melawan hukum ini pun tidak dapat dilepaskan dari pokok pikiran asas keseimbangan (antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat, antara kepastian hukum dengan keadilan, antara kriteria/ sumber hukum formal dan materiil). Pemikiran dan perumusan demikian juga merupakan hal baru apabila dibandingkan dengan perumusan KUHP yang saat ini berlaku

³³*ibid*

B. Pembaharuan Hukum Pidana

1. Pengertian pembaharuan Hukum Pidana

Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan suatu upaya melakukan peninjauan dan pembentukan kembali (reorientasi dan reformasi) hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik dan nilai-nilai sosio-kultural masyarakat Indonesia. Oleh karena itu, penggalian nilai-nilai yang ada dalam bangsa Indonesia dalam usaha pembaharuan hukum pidana Indonesia harus dilakukan agar hukum pidana Indonesia masa depan sesuai dengan sosio-politik, sosio filosofik, dan nilai-nilai sosio-kultural masyarakat Indonesia. Pada pelaksanaannya penggalian nilai ini bersumber pada hukum adat, hukum pidana positif (KUHP), hukum agama, hukum pidana negara lain, serta kesepakatan-kesepakatan internasional mengenai materi hukum pidana.³⁴

Pembaharuan hukum pidana menuntut adanya penelitian dan pemikiran terhadap masalah sentral yang sangat fundamental dan sangat strategis. Termasuk dalam masalah kebijakan dalam menetapkan sanksi pidana, kebijakan menetapkan pidana dalam perundang-undangan. Kebijakan legislatif merupakan tahap yang paling strategis dilihat dari keseluruhan proses kebijakan, untuk mengoperasionalkan hukum pidana. Pada tahap inilah dirumuskan garis-garis kebijakan sistem pidana dan pembedaan, yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-

³⁴<http://artonang.blogspot.co.id/2016/04/pembaharuan-hukum-pidana-di-indonesia.html>. diakses tanggal 30-10-2016 jam 12.00

tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan pengadilan dan tahap pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana.³⁵

Menurut Jay A Sigler tersebut, Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna³⁶ :

“suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentra sosial politik, sosial filosofis, dan sosio-kultural masyarakat indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di indonesia”.

2. Ruang lingkup pembaharuan Hukum Pidana

latar belakang dan urgensi diadakannya perbaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosisopolitik, sosiofilosofis, sosikultural, atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakkan hukum).³⁷

Pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan, karena memang pada hakikatnya ia hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakanm atau “*policy*” (yaitu bagian dari politik hukum/penegakkan hukum, politik hukum pidana, poitik kriminal, dan politik sosial). Di dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula

³⁵<http://maulanaarjuna.wordpress.com/2016/03/05/pembaharuan-hukum-pidana-nasional/>. Diakses tanggal 02-11-2016 jam 08.00

³⁶Yesmil Anwar dan Adang. 2008. Pembaharuan Hukum Pidana. Jakarta. Gramedia. hal 20

³⁷ Barda NawawiArief. 2011. Kebijakan Hukum Pidana. Semarang. Kencana. Hal29

pertimbangan nilai. Oleh karena itu, pembaharuan hukum pidana harus pula berorientasi pada pendekatan-nilai.³⁸

Dengan uraian di atas, dapatlah disimpulkan makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana sebagai berikut :

1. Dilihat dari sudut pendekatan-kebijakan:

- a) Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya).
- b) Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penangulangannya kejahatan).
- c) Sebagai bagian dari kebijakan penegakkan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegak hukum.

2. Dilihat dari sudut pendekatan-nilai:

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali “reorientasi dan reevaluasi” nilai-nilai sosiopolitik, sosiologis, dan sosiokultural yang

³⁸*ibid*

melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substansif hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan “reformasi” hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya, KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS).³⁹

3. Alasan Pentingnya Pembaharuan Hukum pidana

salah satu yang menjadi pemicu terhadap perubahan hukum pidana adalah adanya kemajuan teknologi konfirmasi yang menghendaki segala aktifitas manusia yang berlangsung dengan cepat, transparan serta tanpa dibatasi wilayah (*borderles*). Maka, pembaharuan hukum pidana sebagai bagian dari kebijakan hukum pidana (*penal policy*) telah diupayakan yang sampai sekarang masih terus diolah.⁴⁰

Alasan-alasan yang mendasari pembaharuan hukum pidana nasional pernah diungkapkan oleh Sudarto, yaitu:⁴¹

a. Alasan yang bersifat politik

Adalah wajar yang bahwa negara Republik Indonesia memiliki KUHP yang bersifat nasional, yang dihasilkan sendiri. Ini merupakan kebanggaan nasional yang inherent dengan kedudukan sebagai negara

³⁹*ibid*

⁴⁰Yesmil Anwar dan Adang. *Op.cit.* hal 1

⁴¹<http://artonang.blogspot.co.id/2016/04pembaharuan-hukum-pidana-di-indonesia.html> diakses tanggal 30-10-2016 jam 12.00

yang telah melepaskan diri dari penjajahan. Oleh karena itu tugas dari pembentukan undang-undang adalah menasionalkan semua peraturan perundang-undangan warisan kolonial, dan ini harus didasarkan kepada Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum.

b. Alasan yang bersifat sosiologis⁴²

Suatu KUHP adalah pencerminan dari nilai-nilai kebudayaan suatu bangsa, karena ia memuat perbuatan-perbuatan itu suatu sanksi yang bersifat negatif berupa pidana. Ukuran untuk menentukan perbuatan mana yang dilarang itu tentunya bergantung pada pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik yang benar dan sebaliknya.

c. Alasan yang bersifat praktis

Teks resmi WvS adalah berbahasa Belanda meskipun menurut undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang peraturan hukum pidana dapat disebut secara resmi sebagai KUHP. Dapat diperhatikan bahwa jumlah penegak hukum yang memahami bahasa asing semakin dikit. Dilain pihak, terdapat berbagai ragam terjemahan KUHP yang beredar. Sehingga dapat dimungkinkan akan terjadi penafsiran yang menyimpang dari teks aslinya yang disebabkan karena terjemahan yang kurang tepat.

⁴²*ibid*

4. Perbedaan Rumusan Asas Legalitas dalam KUHP dan RUUKUHP

Asas Legalitas dalam KUHP

Pasal 1 ayat (1): Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.

Asas Legalitas dalam RUUKUHP

Pasal 1 ayat (1) : Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.

Asas legalitas dalam RKUHP telah diatur secara berbeda dengan KUHP (Wetboek van Strafrecht).

Perbedaan itu antara lain bahwa dalam RKUHP analogi telah secara eksplisit dilarang digunakan (Pasal 1 ayat (2)) dan memberi peluang berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat (Pasal 2 ayat (1)). Walaupun demikian, makna yang dikandung dalam Pasal 1 ayat (1) dalam RKUHP tidak berbeda seperti yang diatur dalam KUHP, yaitu: asas legalitas. Dalam Pasal 1 RUU KUHP disebutkan bahwa: ⁴³

- 1) Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.

⁴³https://www.academia.edu/4978927/PERBANDINGAN_ASAS_LEGALITAS_MENURUT_KUH
P. diakses tanggal 08-11-2016 jam 11.00

- 2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.

Pasal 2

- 1) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- 2) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada pasal 2 ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Penjelasannya:

Pasal 1 ayat (1)

Ayat ini mengandung asas legalitas. Asas ini menentukan bahwa suatu perbuatan hanya merupakan tindak pidana apabila ditentukan demikian oleh atau didasarkan pada undang-undang. Dipergunakannya asas tersebut, oleh karena asas legalitas merupakan asas pokok dalam hukum pidana. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan pidana atau yang mengandung ancaman pidana harus sudah ada sebelum tindak pidana dilakukan. Hal ini berarti bahwa ketentuan pidana tidak berlaku surut demi mencegah kesewenang-wenangan penegak hukum dalam menuntut

dan mengadili seseorang yang dituduh melakukan suatu tindak pidana.⁴⁴

Ayat (2)

Larangan penggunaan penafsiran analogi dalam menetapkan adanya tindak pidana merupakan konsekuensi dari penggunaan asas legalitas. Penafsiran analogi berarti bahwa terhadap suatu perbuatan yang pada waktu dilakukan tidak merupakan suatu tindak pidana, tetapi terhadapnya diterapkan ketentuan pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama, karena kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan yang lain. Dengan ditegaskannya larangan penggunaan analogi, maka perbedaan pendapat yang timbul dalam praktek selama ini dapat dihilangkan.⁴⁵

Pasal 2 Ayat (1)

Adalah suatu kenyataan bahwa dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana, yaitu yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum pidana adat, maka hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana ini. Ketentuan dalam ayat ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam peraturan

⁴⁴*ibid*

⁴⁵*ibid*

perundang-undangan. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu.

Pasal 2 Ayat (2)

Ayat ini mengandung pedoman atau kriteria atau rambu-rambu dalam menetapkan sumber hukum materiil (hukum yang hidup dalam masyarakat) yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas materiil). Pedoman dalam ayat ini berorientasi pada nilai nasional dan internasional.

Bunyi Pasal 1 RUU KUHP di atas secara keseluruhan dapat dibaca:

hukum pidana Indonesia berdasarkan asas legalitas yang diperkuat dengan larangan menggunakan penafsiran analogi. Tetapi, asas legalitas dapat dikecualikan dengan memberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat yang menganggap suatu perbuatan adalah perbuatan dilarang. Hukum yang hidup dalam masyarakat ini diberlakukan secara limitatif dengan pembatasan-pembatasan tertentu, yaitu sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Dalam Pasal 1 RUU KUHP diatur hal-hal yang baru dibandingkan KUHP, di antaranya adalah:

(i) adanya penjatuhan “tindakan” kepada pelanggar hukum pidana; (ii) penggunaan frase “peraturan perundang-undangan” yang berarti bukan hanya undang-undang; (iii) larangan penggunaan analogi; dan (iv) berlakunya “hukum yang hidup dalam masyarakat”.

Berdasarkan bunyi Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP, terdapat dua hal penting mengenai berlakunya hukum pidana, yaitu: (i) bahwa suatu perbuatan harus dirumuskan dulu dalam peraturan perundang-undangan; (ii) peraturan perundang-undangan tersebut harus lebih dulu ada pada saat terjadinya perbuatan dimaksud. Dari hal yang pertama, konsekuensinya adalah bahwa perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam peraturan perundang-undangan sebagai suatu tindak pidana tidak dapat dimintai pertanggungjawaban. Melalui asas ini hukum tidak tertulis tidak dapat diterapkan. Dengan kata lain, hanya perundang-undangan dalam formal yang dapat memberikan pengaturan di bidang pidana.

Kata peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP tidak lain menunjuk pada semua produk legislatif yang mencakup pemahaman bahwa tindak pidana akan dirumuskan secara legitimit.

Berdasarkan UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, tata urutan perundang-undangan di antaranya: (i) Undang-Undang Dasar 1945; (ii) Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang; (iii) Peraturan Pemerintah; (iv) Peraturan Presiden; dan (v) Peraturan daerah. Dengan demikian, peraturan perundangan-undangan yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP termasuk juga peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah provinsi maupun kabupaten/kota.

Pentingnya tindak pidana yang dirumuskan melalui undang-undang tidak lain sebagai wujud dari kewajiban pembentuk undang-undang untuk merumuskan ketentuan pidana secara terinci atau secermat mungkin. Perumusan tindak pidana yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan menghalangi keberhasilan upaya penuntutan karena warga selalu akan dapat membela diri bahwa ketentuan-ketentuan seperti itu tidak berguna sebagai pedoman berlaku.

Dari hal kedua yang disebutkan di atas, bahwa peraturan seperti yang dimaksud harus ada sebelum perbuatan dilakukan. Ini artinya ketentuan hukum pidana tidak diperbolehkan berlaku surut. Asas legalitas ini pada prinsipnya mengandaikan bahwa setiap individu mempunyai kebebasan. Melalui asas legalitas inilah individu mempunyai jaminan terhadap perlakuan sewenang-wenang negara terhadapnya sehingga terjadi kepastian hukum.

Melalui pengaturan Pasal 1 ayat (1) RKUHP ini dapat diketahui bahwa hanya perbuatan yang diatur secara rinci/tegas dalam peraturan perundang-undangan saja yang dapat dikenakan tindak pidana atau tindakan. Selain itu, tidak bisa, termasuk perbuatan-perbuatan yang kiranya patut dipidana, jika undang-undang tidak menentukan bahwa perbuatan tersebut adalah tindak pidana, maka kepada pelakunya tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban.

Arti penting asas legalitas yang diatur dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP diperkuat lagi pengaturan ayat (2) yang melarang penggunaan analogi. Maksud dari bunyi Pasal 1 ayat (2) RKUHP sebenarnya adalah menghendaki tidak adanya pengenaan sanksi terhadap perbuatan-perbuatan yang dilakukan seseorang secara berlebihan. Dengan kata lain, menghendaki bahwa perumusan delik diterapkan secara ketat (*nullum crimen sine lege stricta*: tiada ketentuan pidana terkecuali dirumuskan secara sempit/ketat di dalam peraturan perundang-undangan¹¹). Menurut Mudzakkir, alasan dicantulkannya pengaturan larangan analogi adalah agar semua asas umum hukum pidana dimuat dalam ketentuan umum hukum pidana Buku I RUU KUHP dan selanjutnya mengurangi perbedaan pendapat dalam menafsirkan hukum yang dapat menghambat penegakkan hukum pidana. Oleh sebab itu, larangan analogi dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (2) sebagai bentuk penguatan doktrin hukum pidana yang diterima oleh para ahli hukum tersebut.